

## ***A NOVA LEI DE LICITAÇÕES, CREDENCIAMENTO E E-MARKETPLACE: O TURNING POINT DA INOVAÇÃO NAS COMPRAS PÚBLICAS***

**MARCOS NÓBREGA**  
**@marcosnobrega48**

Conselheiro Substituto do TCE-PE, Professor Adjunto IV da UFPE – Faculdade de Direito do Recife. Visiting Scholar Harvard Law School. Senior fellow Harvard Kennedy School of Government. Visiting Scholar Massachusetts Institute of Technology – MIT.

**RONNY CHARLES L. DE TORRES**  
**@ronnycharles**

Advogado da União. Doutorando em Direito do Estado pela UFPE. Mestre em Direito Econômico pela UFPB. Pós-graduado em Direito tributário (IDP). Pós-graduado em Ciências Jurídicas (UNP). Membro da Câmara Nacional de licitações e contratos da Consultoria Geral da União. Autor de diversos livros jurídicos, entre eles: Leis de licitações públicas comentadas (11ª Edição. Ed. JusPodivm).

**Resumo:** O presente artigo tratará sobre o Projeto da Nova Lei de Licitações, aprovado recentemente pelo Congresso, analisando as consequências da aprovação do referido texto em relação à possibilidade de construção de ambientes eficientes de compras eletrônicas, na modelagem *e-marketplace*. Analisamos o uso das regras de credenciamento, como elementos indutores de revelação de informação (*signaling*) e relevantes para a modelagem de uma plataforma eletrônica de compras públicas, baseadas em inteligência artificial, *market design* e preços dinâmicos. Assim, a utilização do credenciamento para “mercados fluidos” permite que a contratação decorrente deste procedimento

auxiliar se dê sem a prévia definição de preços, o que induz a aceitação de “preços dinâmicos” pela Administração.

**Palavras-chave:** Licitações públicas. Contratação pública. Nova Lei de Licitações. Teoria econômica. Custos de transação. Credenciamento. E-marketplace.

**Abstract:** This paper will deal with the New Procurement Law Project, recently approved by Congress, analyzing the consequences of the approval of the referred text in relation to the possibility of building efficient environments for public. We analyze the use of accreditation rules, as elements that induce information disclosure (signaling) and relevant to the modeling of an electronic platform for public procurement, based on artificial intelligence, market design and dynamic prices. Thus, the use of accreditation for "fluid markets" allows the contracting resulting from this auxiliary procedure to take place without a prior definition of prices, which induces the acceptance of “dynamic prices” by the Administration.

**Keywords:** Public bidding. Public Procurement. New bidding law. Economic Theory. Transactions costs. Accreditation. E-marketplace.

**1. INTRODUÇÃO. 2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SELEÇÃO DE FORNECEDORES. 3. CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E E-MARKETPLACE. 4. O CREDENCIAMENTO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E AS BASES PARA UM E-MARKETPLACE PÚBLICO. 5. CONCLUSÃO.**

## **1. INTRODUÇÃO**

Recentemente, o Senado Federal aprovou o Projeto da nova lei de licitações, que, convém frisar, desde 1995, vinha sendo discutido em suas casas legislativas, uma vez que o referido Projeto de Lei decorre de um substitutivo do

original datado daquele ano<sup>1</sup>. O texto aprovado, obviamente, é diferente do projetado em 1995. No decurso de todo esse tempo, várias outras iniciativas legislativas foram agregadas, alternando períodos de quase euforia, que pareciam indicar a iminente aprovação de uma nova lei de licitações, com períodos de inércia na tramitação das propostas legislativas.

O modorrento e claudicante processo legislativo ao qual foi submetida a sucessora da Lei nº 8.666/93 é prova das dificuldades para que o Legislativo concluísse a produção de um diploma geral sobre o tema. Basta, para ilustrar, lembrar que, entre dezembro de 2013 e fevereiro de 2017, o Senado já havia analisado uma versão para o Projeto (PL 559/2013), tendo a encaminhado para a Câmara dos Deputados, que aprovou um substitutivo e o devolveu ao Senado em outubro de 2019<sup>2</sup>, o qual foi efetivamente recebido pelo Senado apenas no mês de novembro de 2020!

No decurso desse tempo, enquanto os Projetos de Lei construídos pelo Parlamento formatavam o texto para uma nova lei de licitações e contratos, partindo de uma “plataforma legal” semelhante à Lei nº 8.666/93, que já repetia o modelo maximalista e analítico do Decreto Lei nº 2.300, de 1986<sup>3</sup>, a verdade é que o mercado sofreu constantes alterações, impulsionadas pelas novas tecnologias, novas formatações sociais e também pela expansão cada vez maior da troca de informações no ambiente da internet. Uma verdadeira revolução ocorreu; o mundo mudou, repercutindo em novas formas de contratação, em novos serviços e até em novas necessidades a serem supridas pela máquina administrativa, nem sempre compatíveis com as rotinas concebidas sob a visão do legislador tradicional.

---

<sup>1</sup> GARCIA, Flávio Amaral. MOREIRA, Egon Bockmann. A futura nova lei de licitações brasileira: seus principais desafios, analisados individualmente. R. de Dir. Público da Economia – RDPE | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 39-73, jan./mar. 2020. Publicação original na Revista de Contratos Públicos do CEDIPRE (Universidade de Coimbra)

<sup>2</sup>Vide didático resumo da tramitação nas casas legislativas, feito pelo professor Victor Amorim, em postagem publicada no Portal “Observatório da nova lei de licitações”: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2019/12/04/perspectivas-de-tramitacao-do-projeto-da-nova-lei-de-licitacoes-em-seu-retorno-ao-senado-federal/>

<sup>3</sup>ROSILHO, André. Licitação no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 29-30.

Em 2020, ano no qual o modelo tradicional de contratações públicas foi posto em xeque, exigindo a aprovação emergencial de uma legislação provisória para resguardar a necessária eficiência desta ação administrativa (através da Lei nº 13.979/2020 e as diversas medidas provisórias que ampliaram regime jurídico contratual excepcional para enfrentamento à COVID-19), quando grande parte dos juristas já reclamavam a necessidade de vislumbrarmos uma nova lei de licitações com olhares mais voltados para elementos econômicos, desprendendo-nos de uma compreensão meramente dogmática e restrita às normas positivadas<sup>4</sup>, um momento estratégico vivenciado na relação Executivo e Congresso Nacional, potencializado por diversas nuances favoráveis, impulsionou a célere aprovação do Projeto de Lei, com pouco mais que uma semana entre a publicação do recebimento, pelo Senado, e a aprovação do texto da Lei<sup>5</sup>, para posterior envio à sanção presidencial.

O projeto aprovado pelo Senado Federal, mantendo a estrutura definida pela Câmara dos Deputados, possui um conteúdo deveras analítico, com quase 200 artigos, mesclando regras da Lei nº 8.666, de 1993 com regras da Lei nº 10.520, de 2002 (Lei do pregão) e da Lei nº 12.462, de 2011 (RDC), além de trechos de normatizações infralegais federais, inclusive, identificados em Instruções Normativas. Embora fosse recomendável um aprofundado debate acerca das melhores práticas globais para licitar e contratar com eficiência, com o estabelecimento de procedimentos flexíveis e adaptáveis às inovações, no geral, a redação finalizada no Senado é extensa, manteve a maior parte do Projeto enviado pela Câmara dos Deputados, com mais de 180 artigos e, em princípio, “vai na contramão de uma simplificação do sistema de compras nacional”<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> NOBREGA, Marcos. *Direito e economia da infraestrutura*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2019.

<sup>5</sup> Vide tramitação, no seguinte endereço: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145636>

<sup>6</sup> NÓBREGA, Marcos. JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. Assimetrias de informação na nova Lei de licitação e o problema da seleção adversa. R. bras. de Dir. Público – RBDP | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 9-32, abr./jun. 2020.

O resultado foi um regramento analítico que não optou pela simplificação do procedimento e pela mudança da estrutura procedimental já definida nas legislações anteriores, mas pela consolidação da experiência pretérita, por meio da agregação de normas já vigentes, “adicionando a elas alguns tons de novidade e incorporando as decisões dos tribunais”<sup>7</sup>. Um texto de lei que busca regular o ambiente licitatório e contratual da Administração com os olhos voltados para os últimos 20 anos que se passaram, não para os 20 anos que trilharemos após a aprovação.

Por outro lado, o texto avança em diversos pontos, mesclando certa margem de discricionariedade na modelagem da licitação (o que rivaliza com o formato de modalidades estáticas) e incluindo “ferramentas” e disposições há muito reclamadas no ambiente licitatório. Sob essa perspectiva, o diploma normativo representa, sem dúvida, avanços em relação ao regime geral de licitações da Lei nº 8.666, de 1993.

Pois bem, o objetivo do presente artigo é analisar a eventual compatibilidade ou incompatibilidade do referido texto legal com a formatação de um ambiente com maior agilidade e menores custos transacionais, aproximando-se do que seria a sonhada adoção de um *e-marketplace* público<sup>8</sup>. Se é bem verdade que o novo texto legal não vislumbrou expressamente este formato de relacionamento entre fornecedor e consumidor, teria ele gerado retrocesso ou permitido avanços em relação a essa pretensão de otimização no formato de contratação pública?

## 2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SELEÇÃO DE FORNECEDORES

Desde o Decreto-Lei 2.300/86, posteriormente seguido pela Lei nº 8.666/93, a legislação brasileira vem estabelecendo ritos procedimentais repletos de controles para a seleção do fornecedor apto ao atendimento da

---

<sup>7</sup> GARCIA, Flávio Amaral. MOREIRA, Egon Bockmann. A futura nova lei de licitações brasileira: seus principais desafios, analisados individualmente. R. de Dir. Público da Economia – RDPE | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 39-73, jan./mar. 2020. Publicação original na Revista de Contratos Públicos do CEDIPRE (Universidade de Coimbra)

<sup>8</sup> NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Licitações públicas e e-marketplace: um sonho não tão distante. Disponível em <http://www.licitante.com.br/marketplace-sonho-distante/>. Acesso em: 24/12/2020, às 16:16.

pretensão contratual<sup>9</sup>, sem qualquer preocupação com os custos transacionais advindos de tais procedimentos e a baixa eficiência e disfuncionalidade de tais exigências. O resultado fático é que os “processos adjudicatórios brasileiros tendem a gerar custos de transação extraordinários e a inibir a competição”<sup>10</sup>.

Mesmo no campo doutrinário houve pouco debate sobre as evidentes disfuncionalidades de nosso regime licitatório tradicional, pois poucas vezes aprofundou-se uma análise econômica que tentasse “explicar, prever e entender o comportamento dos atores envolvidos nos processos de contratação pública”.<sup>11</sup>

Com as recentes mudanças tecnológicas e mercadológicas, a defasagem do formato tradicional de licitação e contratação, com seu caráter nitidamente analítico, burocrático e detalhista, ficou cada vez mais patente, o que se agigantou com as dificuldades vivenciadas no ano de 2020, pelo enfrentamento à pandemia decorrente do Coronavírus. A necessidade de contratações eficientes e céleres, diante de um momento de turbulência no mercado, ampliou as evidências das disfuncionalidades do sistema de compras governamentais brasileiro<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Pretensão contratual é a formalização da solução necessária ao atendimento da necessidade administrativa a ser suprida, através de atividade a ser realizada por terceiro (ou terceiros). Vide TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações comentadas*. 11ª edição. Salvador: JusPodivm, 2020. P. 47.

<sup>10</sup> GARCIA, Flávio Amaral. MOREIRA, Egon Bockmann. A futura nova lei de licitações brasileira: seus principais desafios, analisados individualmente. *R. de Dir. Público da Economia – RDPE* | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 39-73, jan./mar. 2020. Publicação original na Revista de Contratos Públicos do CEDIPRE (Universidade de Coimbra)

<sup>11</sup> NÓBREGA, Marcos. JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. Assimetrias de informação na nova Lei de licitação e o problema da seleção adversa. *R. bras. de Dir. Público – RBDP* | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 9-32, abr./jun. 2020.

<sup>12</sup> FIUZA, Eduardo; SANTOS, Felipe Vilaça Loureiro; LOPES, Virgínia Bracarense; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *Compras públicas centralizadas em situações de emergência e calamidade pública*. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=36397](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=36397). Acesso em 20/12/2020.

Há anos, essas mudanças no mercado e na tecnologia, vinham gerando uma paulatina alteração da legislação, seja por via de modificações da Lei nº 8.666/93, seja pela edição de diplomas normativos secundários ou complementares, como a Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), a Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações) e a Lei nº 13.303/2016 (Lei das estatais), além de incontáveis regulamentações infralegais. Contudo, com elogiáveis exceções, as mudanças na legislação de licitações no Brasil partiram “do míope receituário clássico de que temos informação simétrica, ausência de custos de transação e simetria informacional”, reunindo “parâmetros arcaicos sob o manto do fetiche do menor preço e com grandes doses de burocracia e irracionalidade”, sendo “incapaz de observar os incentivos reais dos agentes em determinada transação”<sup>13</sup>.

Vale frisar, mesmo quando o legislador buscou reduzir tais gargalos, contrariando a melhor doutrina<sup>14</sup>, a máquina estatal movimentou-se para manter uma posição conservadora, como ocorreu com a modalidade pregão, na qual, embora a Lei tenha definido um regime de habilitação simplificado e flexível, a regulamentação e a praxe administrativa optaram por definir uma aplicação subsidiária e integral dos requisitos de habilitação da Lei nº 8.666/93, em

---

<sup>13</sup> NÓBREGA, Marcos. CAMELO, Bradson. O que o prêmio Nobel de Economia de 2020 tem a ensinar a Hely Lopes Meirelles? O modelo de licitações que temos no Brasil é eficiente?. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/coluna-da-abde/premio-nobel-economia-2020-ensinar-hely-lobes-meirelles-15102020>. Acesso em 24/12/2020, às 12:07.

<sup>14</sup> Entre os doutrinadores que se posicionaram pela especificidade do regime habilitatório prescrito pela Lei do Pregão, podemos destacar Jacoby Fernandes e Joel de Menezes Niebuhr. Vide:

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Regras de habilitação em pregão eletrônico e presencial. Disponível em <  
[http://201.2.114.147/bds/bds.nsf/6E51620E811C5224832574C600763E8C/\\$File/NT00038E7E.pdf](http://201.2.114.147/bds/bds.nsf/6E51620E811C5224832574C600763E8C/$File/NT00038E7E.pdf)>. Acessado em 08 de agosto de 2015.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e contrato administrativo. 4ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. pg. 397/398.

evidente equívoco hermenêutico, que desprezou a opção legislativa, tratando-a como uma inadequada omissão e lacuna<sup>15</sup>.

Os diversos custos de transação envolvidos no procedimento licitatório impactam sobremaneira a seleção dos fornecedores, gerando um modelo no qual este custo transacional burocrático<sup>16</sup> consome recursos superiores aos dispendidos para a futura contratação<sup>17</sup>. Tal realidade fundamentou elogiável estudo realizado pela Controladoria-Geral da União (CGU), segundo o qual 85% dos pregões eletrônicos em órgãos federais seriam “deficitários”, com dispêndio de recursos para sua realização superiores à pretensa economia proporcionada pelo procedimento competitivo.<sup>18</sup>

A nova lei de licitações repete um pouco da velha fórmula de realização da licitação, como um procedimento repleto de steps de controle que inicia sua fase externa com a publicação de um edital, para conhecimento dos potenciais interessados. Infelizmente, contrariando nossas expectativas<sup>19</sup>, o legislador cunhou um modelo baseado na plataforma da legislação anterior, com sua lógica burocrática e formalista, sem refletir sobre as inovações tecnológicas e sociais que impactaram e continuarão impactando as formas de comunicação e contratação. Muito provavelmente, o Congresso Nacional cometeu o mesmo erro

---

<sup>15</sup> TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações comentadas*. 11ª edição. Salvador: JusPodivm, 2020. P. 1148/1149.

<sup>16</sup>FIÚZA. Eduardo P. S. LICITAÇÕES E GOVERNANÇA DE CONTRATOS: A VISÃO DOS ECONOMISTAS. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/q12\\_capt08\\_Fiuza.pdf](https://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/q12_capt08_Fiuza.pdf)

<sup>17</sup>Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/5438381/decreto-vai-atualizar-valores-de-licitacao-congelados-ha-20-anos>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

<sup>18</sup>.Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2018/04/cgu-propoe-mudancas-para-melhorar-eficiencia-das-compras-governamentais>>. Acesso em: 12abr. 2020.

<sup>19</sup> NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Licitações públicas e e-marketplace: um sonho não tão distante*. Disponível em <http://www.olicitante.com.br/marketplace-sonho-distante/>



de outrora, qual seja, legislar “olhando para trás” e não para frente, ao conceber o modelo legal de contratações públicas.

Enquanto na vida real as pessoas e as empresas realizam suas contratações rotineiras em poucos cliques, através do computador ou mesmo smartphone, com pesquisa imediata de preços e “ranking” de fornecedores, de acordo com seu histórico positivo ou negativo (signaling)<sup>20</sup>, nas licitações a escolha do fornecedor, mesmo para a aquisição de bens simples, exige um claudicante e custoso processo de planejamento e definição da pretensão contratual, publicação de edital e a realização de uma sessão para apresentação de propostas. Enquanto as corporações e os governos debatem a evolução de *smart contracts*, com execução através de *blockchain*<sup>21</sup> e redução de custos transacionais que facilitem as trocas, nosso regime contratual exige um instrumento formal, assinado, com cláusulas necessárias e prerrogativas “extraordinárias”, mesmo quando se quer contratar o “ordinário”.

O afã burocratizante ignora que os diversos *steps* de controle, ritos formais, cláusulas extravagantes e rotinas de verificação imputam cada vez mais custos ao processo, afetando toda a cadeia que precede a contratação, com custos transacionais que acabam restringindo a competitividade dos certames públicos e majorando o preço alcançado na licitação.<sup>22</sup>

O texto possui diversos avanços em relação ao regime geral de licitações. Ao agregar às disposições da Lei n. 8.666/93, regras da Lei nº 10.520/2002 (Lei do pregão) e da Lei 12.462/2011 (RDC), incrementou o regime geral de licitações com relativa flexibilidade e “ferramentas” interessantes, já aprovadas no uso do RDC ou mesmo em diplomas estrangeiros.

---

<sup>20</sup> NÓBREGA, Marcos. Direito e economia da infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2020. P. 25.

<sup>21</sup> CAVALCANTI, Mariana Oliveira de Melo. NÓBREGA, Marcos. Smart contracts ou “contratos inteligentes”: o direito na era da blockchain. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/smart-contracts-ou-contratos-inteligentes-o-direito-na-era-da-blockchain/>. Acesso em 13/12/2020, às 12:47.

<sup>22</sup> NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Licitações públicas e e-marketplace: um sonho não tão distante. Disponível em <http://www.licitacaocontrato.com.br/marketplace-sonho-distante/>

A disposição legal sobre algumas interessantes regras de governança, a ampliação do formato eletrônico para todas as modalidades, o orçamento sigiloso, o procedimento de manifestação de interesse (PMI), a contratação integrada e a semi-integrada, a remuneração variável, os modos de disputa, a possibilidade de cláusula de retomada (*step-in right*), o diálogo competitivo, a pré-qualificação (permanente), entre outras, foram disposições interessantes, que podem permitir incremento de eficiência no procedimento de seleção do fornecedor e na execução contratual.

De qualquer forma, essas regras (ferramentas) foram acopladas a uma plataforma procedimental formalista, incompatível, à primeira vista, com o propalado sonho de implantação de um *e-marketplace* público para as contratações no Brasil. Para que esta aparente incompatibilidade seja superada será necessária uma nova mudança legislativa ou ao menos uma compreensão jurídica diferente, inovadora, menos preocupada com os ritos e mais preocupada com a eficiência.

### 3. CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E MARKETPLACE

Grande parte das contratações rotineiras hoje são realizadas através da internet, nos chamados *e-marketplace*, espaço virtual onde potenciais contratações são oferecidas e pactuadas. Diferentemente do que se pensa, o *e-marketplace* não é adotado apenas no fornecimento de bens e serviços ao cidadão consumidor final. Esse tipo de plataforma é utilizado para uma variedade de negociações “Empresas para Empresas” (B2B - *Business to Business*), “Empresas para Consumidores” (B2C - *Business to Consumer*); “Consumidores para Consumidores” (C2C – *Consumer to Consumer*); “Empresas para Governo” (B2G - *Business to Government*) e “Governo para Cidadão” (G2C - *Government to Citizen*)<sup>23</sup>.

Se os cidadãos e as empresas encontraram no campo virtual um ambiente propício para suas transações, o que impede que a Administração Pública adote este *locus* para ao menos parte de suas contratações? Como registramos

<sup>23</sup> <https://blog.olist.com/o-que-e-b2c-b2b-b2e-b2g-b2b2c-c2c-e-d2c-como-funcionam/>. Acesso em: 13/04/2020, às 16:06.

outrora<sup>24</sup>, governos e gestores públicos não podem ignorar as mudanças que ocorrem com a utilização da tecnologia da informação e comunicação<sup>25</sup>.

A implementação de plataformas eletrônicas para as relações estabelecidas entre a Administração Pública e os administrados (E-Government) pode trazer vantagens para o processo de contratação pública, entre elas: maior eficiência, redução de custos e economia; economia de tempo; melhor comunicação entre governos com empresas e cidadãos; acesso online de serviços; transparência e menos burocracia<sup>26</sup>. Com o uso de plataformas as trocas entre fornecedores e os órgãos e entidades públicas podem ser facilitadas, com a exponencial redução de custos transacionais e consequente ampliação a competitividade<sup>27</sup>. Além disso, elas podem facilitar a comunicação entre os órgãos públicos e as empresas, fomentando um mercado mais aberto<sup>28</sup>.

Há duas áreas principais de benefícios: melhorias nos custos do processo e redução do preço de compra, firmando que há significativa diminuição dos custos associados ao processo de compras e uma maior conformidade com o processo e os contratos aprovados<sup>29</sup>. A contratação pública eletrônica afeta a

---

<sup>24</sup>NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Licitações públicas e e-marketplace: um sonho não tão distante. Disponível em <http://www.licitante.com.br/marketplace-sonho-distante/>

<sup>25</sup> RAO, Krishna Prasada. A study on e-governance in India: problems, and prospectus. International Journal of Management, IT & Engineering. Vol. 8 Issue 6, June 2018. Disponível em: <http://www.ijmra.us>. Acesso em: 24/02/2020.

<sup>26</sup> JOSEPH, Sethunya Rosie. Advantages and disadvantages of E-government implementation: literature review. In International Journal of Marketing and Technology. Vol. 5, Issue 9, September 2015. Disponível em: <http://www.ijmra.us>. Acesso em: 24/02/2020.

<sup>27</sup> NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Licitações públicas e e-marketplace: um sonho não tão distante. Disponível em <http://www.licitante.com.br/marketplace-sonho-distante/>

<sup>28</sup> RAO, Krishna Prasada. A study on e-governance in India: problems, and prospectus. International Journal of Management, IT & Engineering. Vol. 8 Issue 6, June 2018. Disponível em: <http://www.ijmra.us>. Acesso em: 24/02/2020.

<sup>29</sup>CROOM, Simon.; BRANDON-JONES, Alistair. Impact of e-procurement: Experiences from implementation in the UK public sector. Journal of Purchasing and Supply Management, v. 13, n. 4, p. 294–303, 1 dez. 2007.

economia local e a forma como o mercado se relaciona com o Estado, reduzindo os custos transacionais e o tempo despendido, ampliando a concorrência, a transparência e, com isso, combatendo a corrupção.<sup>30</sup> Nessa linha, Engström, Wallstrom e Salehi-Sangari corroboram a existência de benefícios como: economia de custos, aumento da conformidade dos contratos e aperfeiçoamento do controle de gastos, além da vantagem ambiental.<sup>31</sup> Os e-marketplaces se apresentam como plataformas de mercados multilaterais que possibilitam uma maior e mais eficiente interação entre fornecedor e comprador, com uma atuação dinâmica e facilitadora da troca<sup>32</sup>.

Em síntese, podem ser indicadas vantagens como: redução dos custos de transação, maior celeridade no atendimento da demanda administrativa, ampla competitividade, melhor conformidade e padronização das compras, maior controle sobre os gastos, menor burocracia e redução de custos processuais repetitivos.

Por outro lado, a conversão irrefletida, embora permita a redução de custos transacionais, pode não gerar a esperada ampliação da competitividade se o mercado fornecedor não estiver apto a atuar neste novo ambiente. Essa dificuldade pode ser ainda mais acentuada em pequenas localidades, onde o “comércio local” não está preparado para esta praça de disputa. No Brasil, por exemplo, a utilização do pregão eletrônico tem gerado redução nos valores das

---

<sup>30</sup> FERREIRA, I.; AMARAL, L. A. Public e-Procurement: Advantages, Limitations and Technological “Pitfalls”. Proceedings of the 9th International Conference on Theory and Practice of Electronic Governance - ICEGOV '15-16. Anais... In: THE 9TH INTERNATIONAL CONFERENCE. Montevideo, Uruguay: ACM Press, 2016. Disponível em: <<http://dl.acm.org/citation.cfm?doid=2910019.2910089>>. Acesso em: 25 fev. 2020

<sup>31</sup> ENGSTRÖM, A.; WALLSTROM, Å.; SALEHI-SANGARI, E. Implementation of public e-procurement in Swedish government entities. 2009 International Multiconference on Computer Science and Information Technology. Anais... In: 2009 INTERNATIONAL MULTICONFERENCE ON COMPUTER SCIENCE AND INFORMATION TECHNOLOGY. out. 2009

<sup>32</sup> MEDEIROS, Bernardo Abreu; ARAÚJO, Thiago C.; OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. Marketplace à brasileira: entre o R\$ 1,99 e ‘Adeus, Lênin’?. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/marketplace-a-brasileira-entre-o-199-e-adeus-lenin-24112020>. Acesso em: 24/12/2020 às 16:11.

contratações, mas, por outro lado, acentuou problemas na execução contratual e fragilizou políticas de beneficiamento do comércio local<sup>33</sup>. Grande parte das ME/EPPs não está inserida no comércio eletrônico. Gurakar, citando Rasheed<sup>34</sup>, pondera que pequenas empresas experimentam dificuldades significativas no acesso aos mercados de compras governamentais, já que a maioria delas não possui a infraestrutura de tecnologia da informação necessária e funcionários treinados para a participação nos certames eletrônicos<sup>35</sup>.

Outra questão problemática pode ser o dilema de adoção de plataformas privadas de *e-marketplace*. É uma solução interessante, com vantagens e desvantagens<sup>36</sup>. Diante do tamanho continental do Brasil e das diferenças entre as unidades federativas, é um modelo que parece ser propício, desde que tomados determinados cuidados para evitar problemas como, por exemplo, concentração que estimule “abuso de posição dominante”<sup>37</sup> pelo dono da plataforma.

### 3.1. TEORIA DA COMPETIÇÃO SOB INCERTEZA

Quando analisamos a questão do uso de plataformas de *e-marketplace* temos que considerar o potencial dessa estrutura em mitigar os liames da competição nos mercados, infringindo as regras de defesa da concorrência. Isso é relevante porque a instalação de um *e-marketplace* público, considerando o

---

<sup>33</sup> TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações comentadas. 11ª edição. Salvador: JusPodivm, 2020. P. 63.

<sup>34</sup> Rasheed, H. S. 2004. Capital access barriers to government procurement performance: Moderating effects of ethnicity, gender and education. *Journal of Developmental Entrepreneurship* 9 (2):109–26.

<sup>35</sup> GURAKAR, EsraCeviker.; TAS, Bedri KamilOnur. Does Public E-Procurement Deliver What It Promises? Empirical Evidence from Turkey. *Emerging Markets Finance and Trade*, v. 52, n. 11, p. 2669–2684, nov. 2016. DOI: 10.1080/1540496X.2015.1105603.

<sup>36</sup> Amazon’s Next Frontier: Your City’s Purchasing. Disponível em: <https://ilsr.org/amazon-and-local-government-purchasing/>. Acesso em: 28/02/2020, às 21:25.

<sup>37</sup> O abuso de posição dominante é uma prática restritiva da concorrência que decorre da utilização ilícita por parte de uma empresa (ou de um conjunto de empresas, no caso de se tratar de posição dominante coletiva) do poder de que dispõe(m) num determinado mercado. Vide: [http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas\\_Proibidas/Praticas\\_Restritivas\\_da\\_Concorrencia/Abuso\\_de\\_posicao\\_dominante/Paginas/Abuso-de-posicao-dominante.aspx](http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrencia/Abuso_de_posicao_dominante/Paginas/Abuso-de-posicao-dominante.aspx)

tamanho do mercado de compras públicas no Brasil (16% do PIB) e heterogeneidade do mercado de bens, trará impactos consideráveis no tamanho das empresas e na competição entre elas.

Em termos de concentração de mercado, um primeiro argumento é que essas plataformas possuem poder de monopólio. Isso parece razoável supor porque um *e-marketplace* público criado e gerido pelo Governo Federal teria o condão de gerir as compras de todos os entes federados e milhares de ofertantes de bens. Argumenta-se pelo poder de monopólio, considerando os seguintes aspectos:

- a) Possuem relevante parcela do mercado de bens e serviços: Essa plataforma seria criada e gerida pelo Governo Federal e teria, inicialmente, uma grande importância nas compras diretas, pela consubstanciação das regras de dispensa eletrônica. O mercado para esse tipo de compras é vultoso, representando mais de 50% de todas as compras efetuados pela União, Estados e Municípios.
- b) Elevadas barreiras à entrada. Nesse tipo de mercado, as barreiras à entrada são referentes aos vultosos investimentos em tecnologia para elaborar uma plataforma confiável e eficiente. No caso de *e-marketplace* público, a plataforma elaborada pelo Governo Federal atenderia todas as compras efetuadas por essa esfera de Governo e seria disponibilizada aos demais entes federados para também utilizá-la. Não haveria, no entanto, impedimento legal que os outros federados elaborem suas próprias plataformas de *e-marketplace*. Parece pouco provável que os demais entes federados o façam, sobretudo pelas grandes barreiras tecnológicas para a elaboração de ferramenta e o poder de escala e operacionalidade da plataforma federal.
- c) Integração lateral. É possível que essa plataforma de *e-marketplace*, considerando a imensa estrutura de dados que irá processar, seja utilizada para outros fins, desde pesquisas e estudos sobre as reais condições do mercado de bens e serviços, até atividades como microcrédito ou plataforma de educação.

- d) Forte efeito network. Nesse caso, uma plataforma somente será atraente se houver uma quantidade elevada de participantes e essa quantidade ganhar escala com relativa velocidade. Isso não deverá ser um problema para uma plataforma de *e-marketplace* estabelecida pelo Governo federal porque rapidamente boa parte das transações, sobretudo de contratações diretas, poderão ser processadas nesse instrumento.

Esse poder de monopólio induz a algumas questões interessantes. Qual o critério para elaboração do algoritmo de busca? Terá o licitante participante direito de ter acesso às regras de elaboração desses sistemas de busca? Isso é importante porque ressabido que as empresas que aparecem logo no começo das listas de busca possuem chance muito maior de terem seus bens vendidos no *e-marketplace*. Um argumento é que essas empresas e seus produtos apareceriam na frente com base em rating de um grande número de contratações elaboradas anteriormente. Ocorre que elas estão na frente porque exatamente já estavam na frente, o que induz o efeito looping, prejudicando as demais empresas.

Além disso, nada impede que, com base em dados gestados pela plataforma, o Governo colha informações mais acuradas sobre determinado mercado e tenha tentação de manipulá-lo.

Esses são argumentos clássicos que explicam porque um *e-marketplace* estabelecido pelo Governo Federal pode induzir poder monopolista para o Poder Público. Muito embora esses argumentos sejam convincentes à luz da teoria microeconômica neoclássica, outros aspectos precisam ser considerados, baseados no argumento de que as regras tradicionais sobre monopólio não se aplicam a essas plataformas, pois não se submetem aos critérios clássicos de aferição de monopólio com preço, quantidade e inovação.

É possível, portanto, que estejamos diante de algo totalmente novo em termos microeconômicos: um “mologopólio”. Nesse caso, convive-se com monopolistas e oligopolistas em um ambiente de incerteza e dinamismo econômico.

Para Petit<sup>38</sup>, grandes players de tecnologia podem, cada vez mais facilmente, participar de diferentes níveis da cadeia de valor dos setores relacionados, ou não relacionados, às suas linhas de negócios principais, enquanto se beneficiam de seu poder de mercado para competir nesses setores. Assim, essas empresas obrigam a reconsiderar o escopo de conceitos básicos como a definição de "mercado", "poder de mercado", "práticas de exclusão" ou "eficiência". O pilar fundamental para compreender o comportamento econômico dos atores da plataforma online está relacionado aos efeitos multiplicadores indiretos ("efeitos indiretos de rede"), que condicionam a definição do mercado relevante nessas plataformas.

Assim, ainda não há como prever o impacto que essa plataforma de *e-marketplace* terá sobre os diversos mercados e consequentes repercussões no ambiente de competição. O tema precisa ser melhor estudado e uma análise detalhada dos impactos microeconômicos da adoção de um *e-marketplace* público avançam para além do escopo desse texto.

É fundamental, no entanto, refletir sobre o impacto das compras eletrônicas nas relações comprador-vendedor, uma vez que o uso da tecnologia da informação não melhora por si só os níveis de confiança entre essas partes<sup>39</sup>, nem afasta os riscos decorrentes da assimetria informacional ou de comportamentos oportunistas, podendo repercutir em inexecuções contratuais.

De qualquer forma, no mundo todo, o Poder Público vem avançando na utilização de *e-marketplace* para suas contratações. Países como Estados Unidos, Filipinas, Espanha, Turquia e Índia, entre outros<sup>40</sup>, já adotam

---

<sup>38</sup> PETIT, Nicolas. Big Tech and Digital Economy: The Moligopoly Scenario. Oxford University Press. Oxford. 2020.

<sup>39</sup>CROOM, S.; BRANDON-JONES, A. Impact of e-procurement: Experiences from implementation in the UK public sector. Journal of Purchasing and Supply Management, v. 13, n. 4, p. 294–303, 1 dez. 2007.

<sup>40</sup> NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Licitações públicas e *e-marketplace*: um sonho não tão distante. Disponível em <http://www.licitante.com.br/marketplace-sonho-distante/>. Acesso em: 24/12/2020, às 16:16.



plataformas de *e-marketplace* para suas compras públicas e o Brasil não deve ficar alheio a essas mudanças.

Por outro lado, sem qualquer dúvida, o maior empecilho à adoção de *e-marketplace* para as contratações públicas, no Brasil, decorria do conservadorismo dos agentes públicos responsáveis pela interpretação e regulação do ambiente jurídico das licitações, apegados a rotinas de controles burocráticos ineficientes e, muitas vezes, despropositados.

Romper com o tradicional formalismo em nosso Direito Administrativo contratual talvez seja nosso maior desafio, para a implantação de um *e-marketplace* nas contratações públicas.

Como convencer, por exemplo, nossas autoridades públicas a admitir preço dinâmico, característico nas plataformas existentes no mercado? Como convencer o jurista tradicional<sup>41</sup> de que preço é na verdade um transmissor de informação e que o preço “estipulado é imperfeito para comunicar todas as características e intenções do licitante contratado”<sup>42</sup>, que o preço estimado “é um sinalizador incompleto do valor que cada licitação dá a determinado bem”<sup>43</sup>, que diversos fatores, entre eles o tempo, o afetam<sup>44</sup>, que o preço de referência não

---

<sup>41</sup> Conforme Mackaay e Rousseau, a relação entre o preço de um bem, seu valor e seu custo representa um problema para o jurista (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.p. 117).

<sup>42</sup> NÓBREGA, Marcos; CAMELO, Bradson; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Pesquisa de preços nas contratações públicas, em tempos de pandemia. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/pesquisa-de-precos-nas-contratacoes-publicas-em-tempos-de-pandemia/> Acesso em: 24/12/2020, às 11:29

<sup>43</sup> NÓBREGA, Marcos. JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. Assimetrias de informação na nova Lei de licitação e o problema da seleção adversa. *R. bras. de Dir. Público – RBDP* | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 9-32, abr./jun. 2020.

<sup>44</sup> NOBREGA, Marcos. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação – Inadequação da teoria da imprevisão como critério para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. *Revista de Dir. Público da Economia – RDPE* | Belo Horizonte, ano 12, n. 45, p. 111-141, jan./mar. 2014

é o preço transacional e nem tem como objetivo identificá-lo precisamente<sup>45</sup>, uma vez que este, o preço transacional, dependerá de diversos fatores objetivos e subjetivos, não podendo ser identificado, o valor de um bem definido na troca, “senão à luz de um acordo livremente aceito pelas partes, cada um levando em consideração as outras opções possíveis”<sup>46</sup>? Como convencer nossas autoridades de que os requisitos de habilitação exacerbam custos transacionais<sup>47</sup> e que, muitas vezes, se mostram ineficientes para cumprir a função determinada pelo constituinte de que os requisitos de habilitação devem ser exigidos apenas para garantia do cumprimento das obrigações<sup>48</sup>? Como convencer a todos que não evoluiremos na eficiência das contratações públicas sem nos preocuparmos prioritariamente com teoria da agência, teoria dos jogos, risco moral (*moral hazard*), racionalidade limitada, assimetrias de informação, custos transacionais, *market design*, teoria do desenho e estabelecimento de incentivos<sup>49</sup>?

Enquanto a literatura e os precedentes jurisprudenciais acerca das licitações, no Brasil, se debruçam sobre a conformidade dos agentes públicos e privados às regras formais estabelecidas, é “necessário ir mais além, discutindo por que essas regras são dessa forma e qual o sentido e o caminho de aperfeiçoá-las”<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> BARBOSA, Túlio. Preços para licitações públicas. IN TORRES, Ronny Charles L. de. Licitações Públicas: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Curitiba: Negócios Públicos, 2016. P. 149-164.

<sup>46</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito. Tradução Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.p. 119.

<sup>47</sup> NÓBREGA, Marcos. JURUBEBE, Diego Franco de Araújo. Assimetrias de informação na nova Lei de licitação e o problema da seleção adversa. R. bras. de Dir. Público – RBDP | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 9-32, abr./jun. 2020.

<sup>48</sup> TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações comentadas. 11ª edição. Salvador: JusPodivm, 2020. P. 479.

<sup>49</sup> NÓBREGA, Marcos. CAMELO, Bradson. O que o prêmio Nobel de Economia de 2020 tem a ensinar a Hely Lopes Meirelles? O modelo de licitações que temos no Brasil é eficiente?. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/columa-da-abde/premio-nobel-economia-2020-ensinar-hely-lobes-meirelles-15102020>. Acesso em 24/12/2020, às 12:07.

<sup>50</sup> NÓBREGA, Marcos. CAMELO, Bradson. O que o prêmio Nobel de Economia de 2020 tem a ensinar a Hely Lopes Meirelles? O modelo de licitações que temos no Brasil é eficiente?. [www.licitacaocontrato.com.br](http://www.licitacaocontrato.com.br)

Uma percepção necessária, para o aplicador do direito, no âmbito das contratações públicas, é que não existe soluções mágicas. Os aparentes dogmas que se refletem em muitos julgados são verdades tópicas que muitas vezes desconhecem a versatilidade das situações fáticas similares, porém não idênticas, ignorando que a tomada de decisão sempre envolverá certa carga de *trade-off*. O grande desafio das contratações públicas é que tenhamos maturidade para desapegarmos de velhos estigmas para construir modelos em que as vantagens superem as desvantagens.

Nessa linha de pensamento, convém analisar a interessante formatação jurídica dada ao procedimento auxiliar “credenciamento”, na nova Lei de Licitações.

#### 4. O CREDENCIAMENTO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E AS BASES PARA UM E-MARKETPLACE PÚBLICO

Não se deve confundir o credenciamento com os contratos ou contratações que serão firmados a partir dele. A natureza jurídica do credenciamento não equivale à de uma hipótese de inexigibilidade ou mesmo do contrato administrativo firmado. Ele mais se aproxima de um procedimento auxiliar, como o registro cadastral ou a pré-qualificação permanente, produzido para justificar ulteriores contratações diretas<sup>51</sup>.

O Projeto da nova Lei de Licitações tratou o credenciamento como um procedimento auxiliar, distinguindo-o da compreensão que o equiparava a uma hipótese de inexigibilidade. Esse tratamento era comum e defendido por relevante doutrina<sup>52</sup> e também pela jurisprudência<sup>53</sup>, tendo em vista que, na

---

Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/premio-nobel-economia-2020-ensinar-hely-lopes-meirelles-15102020>. Acesso em 24/12/2020, às 12:07.

<sup>51</sup> TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações comentadas. 11ª edição. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 441.

<sup>52</sup> CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. O Sistema de Registro de Preços: um reforço à obrigatoriedade de licitar. *In*. Direito do Estado: questões atuais. Salvador: Juspodivm, 2009. P. 70.

<sup>53</sup> TCU. Acórdão 3567/2014-Plenário.

prática, a criação do credenciamento objetivou justificar a situação e inviabilidade de competição na qual a Administração aceitaria como colaborador/contratado todos aqueles que, atendendo as motivadas exigências públicas, manifestassem interesse em firmar contrato ou acordo administrativo.

Na linha traçada pela nova Lei de licitações, o credenciamento não é uma hipótese de inexigibilidade, mas um procedimento auxiliar necessário para ulteriores contratações diretas. Conforme definido pelo legislador, no inciso XLIII de seu artigo 6º, o credenciamento é um “processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, credenciem-se no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados”<sup>54</sup>.

Essa intelecção do credenciamento como um procedimento auxiliar permite certa flexibilidade, admitindo que a ele não sejam impostos os rigores previstos para o contrato administrativo propriamente dito<sup>55</sup> e já era defendida pela AGU<sup>56</sup>. Em linha semelhante, a Instrução Normativa nº 05/2017, ao normatizar as contratações de serviços terceirizados, definia o credenciamento como “ato administrativo de chamamento público destinado à pré-qualificação de todos os interessados que preencham os requisitos previamente determinados no ato convocatório, visando futura contratação, pelo preço definido pela Administração”.

Convém observar, contudo, que os contornos definidos ao credenciamento pela nova lei de licitações avançam, e muito, permitindo que

---

<sup>54</sup> Art. 6º. (...)

(...)

XLIII – credenciamento: processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, credenciem-se no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados;

<sup>55</sup> TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações comentadas. 11ª edição. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 440-441.

<sup>56</sup> PARECER n. 0003/2017/CNU/CGU/AGU

este procedimento auxiliar amplie sua utilidade no âmbito das contratações públicas.

Primeiramente, se antes a adoção do credenciamento estava adstrita à contratação todos os prestadores aptos e interessados em realizar determinados serviços, quando o interesse público fosse melhor atendido com a contratação do maior número possível de prestadores simultâneos<sup>57</sup>, segundo o texto da Nova Lei de Licitações, admite-se que ele seja adotado não apenas para a ulterior contratação da prestação de serviços, mas também para o fornecimento de bens.

Em segundo, há de salientar que o legislador não fez referência a uma necessária contratação direta por inexigibilidade, embora indique que ele, o credenciamento, é um procedimento prévio à execução do objeto (contratação). Outrossim, ao definir quais as hipóteses em que o credenciamento é aplicável, no artigo 78, **o legislador claramente indica que ele precede contratações, o que denota que ele seria um procedimento auxiliar precedente a contratações diretas.**

Por conseguinte, se tradicionalmente o credenciamento esteve relacionado às contratações por inexigibilidade, na nova Lei, diante de inexistência de restrição expressa, ele poderá ser utilizado como procedimento prévio a outras contratações diretas, por dispensa ou por inexigibilidade.

Outrossim, nas hipóteses de inexigibilidade, a inviabilidade de competição deverá ser compreendida em seu sentido amplo. Competição inviável, para fins de aplicação da hipótese de inexigibilidade licitatória, notadamente decorrente do procedimento auxiliar credenciamento, não restaria caracterizada apenas nas situações em que é impossível haver disputa, mas também naquelas em que a disputa é inútil ou prejudicial ao atendimento da

---

<sup>57</sup> RIBEIRO, Juliana Almeida. Inexigibilidade de licitação e o credenciamento de serviços. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2809, 11 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18683>>. Acesso em: 20 maio 2012. P. 11.

pretensão contratual da Administração<sup>58</sup>. Esta compreensão é claramente identificável nas hipóteses para aplicação do credenciamento, previstas no artigo 78 da nova Lei de Licitações, embora inexista restrição à aplicação do credenciamento apenas para as situações de inviabilidade de competição, já que o legislador estabeleceu regramento que permite ao credenciamento uma adoção ainda mais ampliada do que a outrora definida pela jurisprudência.

Vale a transcrição do regramento estabelecido pelo artigo 78 da Nova Lei de Licitações:

## Seção II

### Do Credenciamento

Art. 78. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:

I – paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;

II – com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;

III – em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação.

Parágrafo único. Os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento, observadas as seguintes regras:

I – a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados;

II – na hipótese do inciso I do *caput* deste artigo, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser

---

<sup>58</sup> TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações comentadas. 11ª edição. Salvador: JusPodivm, 2020. P. 430.

adotados critérios objetivos de distribuição da demanda;

III – o edital de chamamento de interessados deverá prever as condições padronizadas de contratação e, nas hipóteses dos incisos I e II do *caput* deste artigo, deverá definir o valor da contratação;

IV – na hipótese do inciso III do *caput* deste artigo, a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação;

V – não será permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da Administração;

VI – será admitida a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital.

A nova lei amplia, e muito, o escopo de utilização do credenciamento, permitindo interessante aplicação deste procedimento auxiliar, caso os intérpretes da Lei não insistam em impor restrições baseadas em compreensões do passado, interpretando a disposições do novo diploma com a mentalidade da legislação passada.

Além da expressa ampliação do uso do credenciamento para fornecimento de bens (aquisições), convém destacar que, se as hipóteses de contratação “paralela e não excludente” e “com seleção a critério de terceiros” já eram comumente identificadas em credenciamentos de serviços, a hipótese justificadora de sua adoção para “mercados fluidos” é uma interessante novidade, pouco experimentada antes da nova Lei. Vale frisar, **a utilização do credenciamento para “mercados fluidos” permite que a contratação decorrente deste procedimento auxiliar se dê sem a prévia definição de preços, o que induz a aceitação de “preços dinâmicos” pela Administração.**

Esses preços dinâmicos, também chamados de preços em tempo real ou preços algorítmicos, são flexíveis e variáveis com base na demanda, oferta, preço da concorrência, preços de produtos substitutos ou complementares<sup>59</sup>. O preço pode até mudar de cliente para cliente com base em seus hábitos de compra. Assim, se um determinado bem é constantemente comprado por um

---

<sup>59</sup> AIMULTIPLE. Dynamic pricing: What it is, Why it matters & Top Pricing Tools. Disponível no endereço eletrônico:  
[www.licitacaocontrato.com.br](http://www.licitacaocontrato.com.br)

determinado município em específica época, isso certamente impactará no preço do produto naquele período. O mercado intuitivamente já faz isso, no entanto, com regras algorítmicas de precificação, isso ficará mais fácil de captar. O preço dinâmico permite que os fornecedores sejam mais flexíveis e ajusta os preços para serem mais individualizados, especificamente para um determinado comprador do produto.

Os preços dinâmicos são determinados por algoritmos baseados em regras ou de autoaperfeiçoamento (AI) que levam em consideração múltiplas variáveis para definir o melhor preço para aquele produto específico, para aquele cliente, naquele momento. Isso, em essência, já impõe um grande desafio para formatação de sistemas de compras públicas. Muitas variáveis podem ser consideradas para definição desses preços, como: sazonalidade dos produtos; dados sobre clientes específicos; tamanho do mercado de compras para determinada região demográfica; hábitos de compras em determinada região; preços dos bens substitutos e complementares; histórico das últimas compras; compras semelhantes em regiões com o mesmo porte econômico, entre tantas outras maneiras de formatar o algoritmo para captar a aleatoriedade dos preços.

Considerado esse aspecto dos preços dinâmicos, é possível suscitar o credenciamento para fornecimento de passagens aéreas, adotado recentemente pelo Governo Federal, como referência para o potencial deste procedimento auxiliar definido pela nova Lei. Segundo a modelagem estabelecida pelo Edital de Credenciamento nº 01/2020 da Central de Compras do Ministério da Economia, o credenciamento permite que companhias aéreas interessadas ofereçam um desconto mínimo de 15% sobre todas as tarifas e classes vigentes à época da emissão do bilhete e válido para todas as rotas regulares domésticas operadas pela companhia aérea<sup>60</sup>.

Ao se reportar às “tarifas e classes vigentes à época da emissão do bilhete”, o regramento define um formato dinâmico de precificação, incomum, até

---

<sup>60</sup> <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/setembro/ministerio-da-economia-publica-edital-de-credenciamento-para-compra-direta-de-passagens-aereas>



então, na prática contratual da administração, mas claramente válido e eficiente, por aproveitar o melhor preço disponível naquele momento.

Diante da dinamicidade do preço de mercado, notadamente em mercados fluídos, a tentativa de “estabilização” em uma proposta, para que o fornecedor se comprometa por um período longo, exige que o licitante inclua o risco de oscilação ao definir sua proposta e, obviamente, quanto menos arrojado ou responsável ele for, maior será a margem a ser acrescida. **Com o preço dinâmico, há um ajuste das diversas variáveis econômicas envolvidas para que ele seja definido com o cruzamento das curvas de oferta e de demanda.**

Importante reiterar: este formato, de acordo com o regramento estabelecido pelo artigo 178, vale para a contratação de serviços ou para o fornecimento de bens.

Contudo, uma dúvida resta pendente, não foi respondida pelo legislador, será definida pelo regulamento e pode ser crucial para que possamos responder à provocação suscitada pelo título deste escrito: o que seria um mercado fluído, para fins de aplicação do credenciamento?

Caso a interpretação de mercado fluído, dada pelo regulamento, seja ampliativa, e este instrumento seja adaptado ao ambiente virtual, podemos ter a utilização do credenciamento para variadas pretensões contratuais. **O potencial é enorme e significativo, criando bases para que possamos ter a implantação de e-marketplace para o atendimento de demandas em que este formato se demonstrará muito mais eficiente que a modelagem licitatória tradicional.**

Uma aplicação óbvia, sem dúvida, envolve o fornecimento de passagens aéreas. Como é cediço, o preço de aquisição da passagem é variável. Com a adoção do credenciamento, no momento da necessidade de contratação, uma ferramenta eletrônica colherá automaticamente o preço ofertado pelas companhias credenciadas, para o trecho pretendido, em horário compatível com a necessidade administrativa. Assim, aproveita-se o melhor preço no momento da demanda, sem uma estabilização artificial que justapõe riscos e pode ser ineficiente, sobretudo, para o comprador.

Para além dessa hipótese já experimentada pela Central de Compras do Governo Federal<sup>61</sup>, poderíamos também ter adotado esta modelagem, por exemplo, para a aquisição de insumos no enfrentamento à COVID-19. Durante o período de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional – ESPIN, diante da grande oscilação dos preços, uma das grandes dificuldades enfrentadas pelo gestor público foi justificar os preços estimados para as necessárias contratações<sup>62</sup>. O formato de estabilização de um preço em proposta vinculada a período longo, como sugerido com as Atas de Registro de Preços, é ineficiente, pois o risco de oscilação é tremendo, o que induz preços mais altos ou propostas irresponsáveis<sup>63</sup>, afasta potenciais fornecedores e aumenta preços transacionais, prejudicando eventual vantagem decorrente do ganho de economia de escala que poderia ser alcançado por uma compra imediata<sup>64</sup>.

Admitir a dinamicidade e fluidez, naquele momento, poderia ser uma opção econômica mais eficiente, pois mitigaria riscos e aproveitaria melhor o preço à disposição no mercado.

Diante da indefinição do conceito de mercado fluido, a regulamentação pode admitir que pretensões contratuais com relevantes oscilações, sejam decorrentes da variação de preços, sejam decorrentes de custos envolvidos e muito variáveis de acordo com a demanda, possam ser atendidas pelo credenciamento. Neste bojo, **poderiam ser inseridas as aquisições de**

---

<sup>61</sup> Vide Edital de Credenciamento nº 01/2020 da Central de Compras do Ministério da Economia. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/setembro/ministerio-da-economia-publica-edital-de-credenciamento-para-compra-direta-de-passagens-aereas>

<sup>62</sup> JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses; JACOBY FERNANDES, Murilo; TEIXEIRA, Paulo; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Direito provisório e a emergência do coronavírus. Belo Horizonte: Fórum, 2020. P. 84.

<sup>63</sup> Sobre o tema, vide: NÓBREGA, Marcos; CAMELO, Bradson; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Pesquisa de preços nas contratações públicas, em tempos de pandemia. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/pesquisa-de-precos-nas-contratacoes-publicas-em-tempos-de-pandemia/> Acesso em: 24/12/2020, às 11:29

<sup>64</sup> TORRES, Ronny Charles Lopes de. Dispensa de licitação para fins de registro de preços. In Registro de Preços: análise crítica do Decreto Federal nº 7.892/13, com as alterações posteriores. FORTINI, Cristiana (Coord.) 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Pp. 146/166.

**gêneros alimentícios, fornecimento de combustível, aquisições de insumos fortemente impactados pela variação cambial, entre outros.**

Porém, o mais importante é perceber que o credenciamento, no formato definido pela nova lei de licitações, cria as bases para um *e-marketplace* público, o que responde nossa indagação inicial e pode favorecer enorme incremento de eficiência nas contratações da Administração.

Por fim, é necessário compreender que o credenciamento, enquanto procedimento auxiliar para registro de fornecedores aptos aos futuros fornecimentos de bens ou serviços, não se submete estritamente ao regime jurídico do contrato administrativo, embora submeta-se ao regime jurídico de direito público. Essa percepção é fundamental, pois impor ao credenciamento as prerrogativas e restrições inerentes ao regime dos contratos administrativos daria ensejo a custos transacionais que poderiam prejudicar a eficiência da modelagem de *e-marketplace*, em detrimento do próprio Poder Público. Assim, o credenciamento, *per se*, não permite à Administração a utilização de determinadas prerrogativas extraordinárias ínsitas ao contrato administrativo<sup>65</sup>, nem traz consigo as mesmas restrições impostas pelo específico regime jurídico desses contratos firmados pela Administração<sup>66</sup>.

Esta parece-nos a compreensão indicada pelo legislador, o que resta evidente pelas regras prescritas nos incisos I e VI do parágrafo único do artigo 178 da Nova Lei, de que o edital de chamamento deve “permitir o cadastramento permanente de novos interessados” e admitir “a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital”.

Inspirada nessas disposições, a regulamentação poderia, aproveitando a margem de discricionariedade admitida pela própria Lei e pela Constituição, reduzir as exigências habilitatórias, para fins de credenciamento, apenas àquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, conforme

---

<sup>65</sup> TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações comentadas. 11ª edição. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 441

<sup>66</sup> PARECER n. 0003/2017/CNU/CGU/AGU

preceito prescrito pelo inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, que estabeleceu certa funcionalidade à habilitação das licitações, algo, infelizmente, ignorado na prática ordinária, pela Administração Pública<sup>67</sup>.

Pode o regulamento, também, avançar para a criação de mecanismos de *signaling* e *screening* para mitigar a assimetria de informações existentes entre a administração e os fornecedores credenciados<sup>68</sup>. É necessária certa dose de inovação, inspirando-se em práticas já experimentadas em outras países, “importando aquilo que deu certo e adequando à realidade brasileira” para evitar que a ausência de um desenho jurídico apto torne a oportunidade de configuração de e-marketplace público em um “remendo novo em uma roupa velha”<sup>69</sup>.

## 5. CONCLUSÃO

A aprovação da nova lei de licitações, pelo Congresso Nacional, trouxe um misto de ansiedade, euforia e frustração, para a comunidade jurídica.

Sem dúvida alguma, o texto aprovado traz diversos avanços, em relação ao regime jurídico da Lei nº 8.666/93, justificando a ansiedade e a euforia pelo início de sua aplicação; noutro diapasão, seu caráter analítico e maximalista frustrou aqueles que sonhavam com uma plataforma legal nova, minimalista e mais adaptável às mudanças sociais e tecnológicas que vêm afetando a sociedade brasileira.

Esse “sonho”<sup>70</sup> aspirava por uma nova lei que assimilasse leitura econômica ao regramento das contratações públicas, estando preparada para

---

<sup>67</sup> TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações comentadas. 11ª edição. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 479.

<sup>68</sup> NÓBREGA, Marcos. JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. Assimetrias de informação na nova Lei de licitação e o problema da seleção adversa. R. bras. de Dir. Público – RBDP | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 9-32, abr./jun. 2020.

<sup>69</sup> MEDEIROS, Bernardo Abreu; ARAÚJO, Thiago C.; OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. Marketplace à brasileira: entre o R\$ 1,99 e 'Adeus, Lênin'?. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/marketplace-a-brasileira-entre-o-199-e-adeus-lenin-24112020>. Acesso em: 24/12/2020 às 16:11.

<sup>70</sup> NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Licitações públicas e e-marketplace: um sonho não tão distante. Disponível em <http://www.licitante.com.br/marketplace-sonho-distante/>. Acesso em: 24/12/2020, às 16:16.

formas atuais de contratação, como através de plataformas de e-commerce.

Assimilar uma leitura econômica significaria estabelecer as regras legais com foco em suas repercussões econômicas, nos incentivos criados e não no estabelecimento formalista de *steps* de controle. Uma Lei que tivesse especial preocupação com a redução de custos transacionais, *market design*, criação de incentivos, risco moral (*moral hazard*), racionalidade limitada, teoria dos jogos, teoria da agência e assimetrias de informação; assim como tivesse a compreensão de que o preço é um fenômeno extremamente dinâmico, um transmissor de informação que sofre influência de diversos fatores, ampliados com a virtualização das contratações.

Outrossim, inegável que o uso de plataformas eletrônicas para as contratações já é uma realidade e foi intensificado no ano de 2020, em razão das adaptações sociais e econômicas decorrentes do período de enfrentamento à pandemia COVID-19. Fato é que, no mundo todo, diversos países, há anos, avançaram para a adoção de e-marketplace em suas contratações públicas, apontando diversas vantagens neste novo ambiente. Com o devido respeito, o Brasil não pode continuar indefinidamente realizando seus procedimentos de seleção e contratação sob a burocrática plataforma consagrada pelo Decreto-Lei 2.300/1986 e pela Lei nº 8.666/93.

O objetivo deste artigo foi tocar nesses dois pontos. Em primeiro, provocar a necessidade de reflexão sobre uma leitura econômica das contratações públicas; em segundo, analisar a compatibilidade do texto da nova lei de licitações com a formatação de um ambiente de “seleção” com maior agilidade e menores custos transacionais, aproximando-se do que seria a sonhada adoção de um *e-marketplace* público.

Neste último ponto, em específico, se é bem verdade que o novo texto legal não tratou expressamente sobre *e-marketplace*, os autores do presente artigo buscaram demonstrar que, diante da interessante formatação jurídica dada ao procedimento auxiliar “credenciamento”, na nova Lei de Licitações, uma regulamentação arrojada e desprendida de velhos dogmas pode definir bases para que possamos ter a implantação de e-marketplace apto ao atendimento de certas demandas administrativas, com grande ganho de eficiência, em comparação com a modelagem licitatória tradicional.

***A Nova Lei de Licitações, Credenciamento e E-marketplace: o Turning Point da Inovação nas Compras Públicas***  
Marcos Nóbrega e Ronny Charles L. de Torres

Esperamos que este artigo, de alguma forma, possa contribuir para o desenvolvimento deste debate, ainda em construção, pela comunidade acadêmica e profissional.

**As referências a este artigo deverão ser feitas da seguinte maneira:**

NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Carles L. De. *A Nova Lei de Licitações, Credenciamento e E-marketplace: o Turning Point da Inovação nas Compras Públicas*. Disponível em: [www.licitacaocontrato.com.br](http://www.licitacaocontrato.com.br). Acesso em: dd/mm/aaaa.